أثر مرض الموت في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي

"بحث مقارن"

بقلم الدكتور أنور محمود دبور *

---

* أستاذ الشريعة بكلية الحقوق بجامعة القاهرة والمعار حاليا إلى كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة .

تمهيـــــــد

تناولنا في بحث سابق على صفحات العدد الثاني من هذه المجلة : (١) " ماهية مرض الموت وتأثيره في التصرفات بصفة عامة " وأشرنا في مقدمة هذا البحث إلى أننا سنعود مرة أخرى إلى تفصيل الحديث عن تأثير مرض الموت في التصرفات المختلفة ، ودعونا الله أن يكون لقاؤنا في هذا التفصيل على صفحات هذه المجلة .

ونحمد الله على أنه استجاب هذا الدعاء ، وها نحن نقدم في هذا العدد دراسة تفصيلية لتأثير هذا المرض في نوع من هذه التصرفات، ونعني به عقود المعاوضات ، وسنوالي الحديث التفصيلي عن تأثيره في عقود التبرعات وغيرها من التصرفات في لقاءات أخرى على صفحات هذه المجلة ، بمشيئة الله سبحانه وتعالى .

هذا وتجدر الإشارة إلى أننا تناولنا في العدد السابق من هذه المجلة التعريف بمرض الموت ، وبينا آراء الفقهاء تفصيلا في حقيقته ، ومن ثم لا نجد ضرورة لإعادة الحديث عنه ، وسنكتفي هنا ببحث تأثير مرض الموت في عقود المعاوضات المختلفة .

---

١) وهو العدد الصادر في رمضان سنة ١٤٠٨هـ

توطئة وتقسيـــم :

المعاوضة في اللغة : مفاعلة من العوض ، ومعناه البدل (٢) يقال عاوض البائع المشتري مثلا : أي بادله ، وذلك لأن كلا منهما يأخذ مقابلا لما أعطى .

ويراد بعقود المعاوضة في الاصطلاح الفقهي : تلك العقود التي تقوم على أساس المبادلة وإنشاء التزامات متقابلة بين المتعاقدين .

وهذه المبادلة قد تكون مبادلة مال بمال ، وهي تشمل البيع بجميع صوره كالبيع المطلق ، والسلم ، والصرف ، وقد تكون مبادلة مال بمنفعة كالإجارة والمزارعة والمساقاة والمضاربة ، وقد تكون مبادلة مال بما ليس بمال كالزواج (٣) .

والخلع (٤) .

هذا ولا يصح الاعتراض على عقود المعاوضات التي ينشئها المريض مرض الموت إذا لم تدخلها المحاباة، لأن حقوق الدائنين والورثة تتعلق بقيمة التركة ، وقيمة التركة لا تقل بالمعاوضة الخالية من المحاباة ، إذ أن ما يخرج من التركة يدخل نظير قيمته فيها ، فلا ضرر - حينئذ - على الدائنين أو الورثة .

أما إذا اشتمل عقد المعاوضة الذي يبرمه المريض على محاباة لمن يتعامل معه فهذا هو الذي يصح للدائنين والورثة الاعتراض عليه في القدر المحابي به ، فمن حق الدائنين الاعتراض على هذا القدر في حدود ديونهم ، فإذا تبقى من هذا القدر شئ بعد سداد الديون كان من حق الورثة الاعتراض على مازاد على

---

٢) المصباح المنير، والمعجم الوسيط (مادة: عوض) وجاء في معجم مقاييس اللغة لابن فارس (مادة :عوض) ج ٤ ص ١٨٨ : "العين والواو والضاد كلمتان صحيحتان ،احداهما تدل على بدل للشيء والأخرى على زمان .."

٣) اعتبار الزواج من عقود المعاوضات - بناء على أن الزوج يدفع المهر عوضا عن استمتاعه بزوجته- هو رأى بعض الفقهاء ، وهناك فريق آخر يرى أن المهر الذي يدفعه الزوج انما هو تكريم من الله للزوجة ، لتحصل الألفة والمحبة بينها وبين الزوج، وليس في مقابلة استمتاع الزوج بها، لأنه كما يستمتع بها فإنها تستمتع به ، بل ربما كان استمتاعها به أكثر من استمتاعه بها .. انظر : حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم العبادى ج ٢ ص ١٣١ .

٤) انظر: المدخل د/سلام : المرجع السابق ص ٥٨٨-٥٩٠ ، المدخل د/شلبي : المرجع السابق ص٤٤٧-٤٤٨.

ثلث(٥) هذا الباقي ، لأن المحاباة تضر بحقوقهم ، إذ أنها في معنى التبرع .

وسنتناول أثر المرض في عقود المعاوضات في ثلاثة فصول :

الفصـــل الأول : في أثر المرض في عقود المعاوضات المالية .

الفصل الثانـــي : في أثر المرض في عقد الزواج .

الفصل الثالـــث : في أثر المرض في الخلع .

---

٥) انظر: الوجيز للغزالى ج ١ ص ٢٧٢-٢٧٣ . واذا باع بثمن المثل من وارث (ح) أو من بعض الغرماء نفذ من رأس المال ، فلو كان بمحاباة فقدر المحاباة من الثلث، وان نكح بأكثر من مهر المثل فالزيادة من الثلث .. فان آجر دوابه أو عبيده بأقل من أجرة المثل فالمحاباة من الثلث ..

الفصل الأول
أثر المرض في عقود المعاملات المالية

تقسيم :

يتناول حديثنا في هذا الفصل أثر المرض في كل من عقد البيع ، وعقد الإجارة، وعقد المضاربة ، وعقد المزارعة، وعقد المساقاة، وسنخصص لكل عقد من هذه العقود مبحثا خاصا .

المبحث الأول
أثر المرض في عقد البيع

تمهيد وتقسيم :

٣ - البيع في اللغة : إعطاء المثمن وأخذ الثمن . ويقابله الشراء وهو : إعطاء الثمن وأخذ المثمن (٦) .

وشرعا : عقد يتضمن مقابلة مال بمال بشروط معينة (٧) .

٤ - ولبيان أحكام بيع المريض لا بد من التفرقة بين حالتين :

الأولـى : أن يبيع أو يشتري بثمن المثل .

والثانية : أن يبيع بأقل من ثمن المثل ، أو يشتري بأكثر من ثمن المثل ، وهو ما يعرف عند الفقهاء بالمحاباة ونخصص لكل حالة من هاتين الحالتين مطلبا .

---

٦) ويقال للبيع الشراء ، ويقال للشراء البيع بحسب ما يتصور من الثمن والمثمن ، وعلى هذا جاء قوله تعالى في قصة يوسف عليه السلام عندما باعه اخوته : " وشروه بثمن بخس" (يوسف:٢٠) أى باعوه بثمن قليل ، وجاء قوله عليه السلام : " لا يبيعن أحدكم على بيع أخيه " أى لا يشتري على شرائه .. راجع مادة (بيع) في المفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهانى ، معجم مقاييس اللغة لابن فارس "

٧) نهاية المحتاج وحاشية الشبراملسى ج ٣ ص ٣٦١ .

المطلب الأول
البيع أو الشراء بثمن المثل

٥ – إذا باع المريض أو اشترى بثمن المثل فبيعه وشراؤه نافذ ,دون توقف على إجازة من دائنيه أو ورثته ، لأن حق الدائنين والورثة لا يتعلق بأعيان التركة ، وإنما يتعلق بقيمتها ، وقيمة التركة لم تنقص ، لأن ما خرج منها قد دخل فيها ما يساويه في القيمة ، وهذا ما ذهب إليه المالكية (٨) والشافعية (٩) والحنابلة(١٠) والصاحبان(١١) .

٦ – وذهب أبو حنيفة(١٢) إلى أنه إذا باع المريض لوارثه أو اشترى منه بثمن المثل ، فإن تصرفه يكون موقوفا على إجازة بقية الورثة ، بخلاف ما إذا كان تصرفه لأجنبي فإنه يكون نافذا دون حاجة إلى إجازة الورثة .

وقد استند الإمام أبو حنيفة في عدم جواز تصرف المريض للوارث بثمن المثل إلى أن المريض متهم في ذلك بمحاباة الوارث، لأن المحاباة كما تكون بالبيع للوارث بأقل من ثمن المثل تكون بإيثاره بعين معينة من التركة ولو بثمن المثل ، ذلك أن النفوس قد تتعلق ببعض أعيان التركة دون سواها ، فإذا باعها المريض

---

٨) جاء في شرح الخرشي ج ٤ ص ٢١٥ : " .. يعنى أن صاحب المرض المخوف يحجر عليه في غير مؤ نته ، وفي غير ما يتداوى به ، لضرورة قوام بدنه ، وفي غير المعاوضة المالية كالبيع ونحوه ، مما فيه تنمية المال له ، اذا كان ذلك بغير محاباة ، والا ففي ثلثه ان مات حيث كانت المحاباة لغير وارث ، والا بطلت ، الا أن يجيزها له بقية الورثة ، فتكون عطية منهم له " وانظر : الشرح الصغير ج ٣ ص ٤٠١ .

٩) انظر: الأم للشافعي ج ٧ ص ١٠٧ فقد جاء فيها: " واذا باع الرجل المريض بيعا من بعض ورثته بمثل قيمته ، أو بما يتغابن الناس به ، ثم مات ، فالبيع جائز ، والبيع لا هبة ولا وصية فيرد " .

١٠) غاية المنتهى ج ٢ ص ٣٤١ .

١١) التلويح ج ٣ ص ١٨٤ .

١٢) المرجع السابق : نفس الموضع ، جامع الفصولين ج ٢ ص ٢٤٥-٢٤٦ .

بثمن المثل لأحد الورثة كان ذلك سببا في إيغار صدور بقية الورثة عليه ، وهذا ما يحرص التشريع الإسلامي على إبعاده ، ليحل بين أفراد الأسرة الواحدة الوئام والوفاق ، والمحبة والتعاون ، ويشهد لهذا حظر الشريعة الوصية للوارث ولو بأقل من الثلث وإباحة ذلك بالنسبة للأجنبي .

٧ – وأساس الخلاف في هذه المسألة بين جمهور الفقهاء وأبي حنيفة هو الخلاف بينهم في متعلق حق الورثة هل هو قيمة التركة أو أعيانها ، فالجمهور يرى أن متعلق حق الورثة هو قيمة التركة ، ولما كانت القيمة لا تنقص بالبيع للوارث بثمن المثل قالوا بنفاذ هذا التصرف، والإمام أبو حنيفه يرى أن حق الورثة متعلق بأعيان التركة، وعليه فلا ينفذ البيع للوارث بثمن المثل لتعلق حق بقية الورثة بالعين المبيعة (١٣) .

٨ – والراجح – في نظرنا – هو رأي الإمام أبي حنيفة ، وذلك لأنه يؤدي إلى ترابط الأسرة وتعاونها ، ويبعدها عن أسباب الشقاق والاختلاف ، ومن ناحية أخري فقد رأينا فقهاء الشافعية يذهبون – في الأصح من مذهبهم – إلى عدم جواز تقسيم المورث تركته بين ورثته بطريق الوصية ، كل حسب نصيبه (١٤) ، فلا يجوز للمورث أن يوصي – مثلا – لأحد ولديه بالمصنع ، وللآخر بالمزرعة ، حتى ولو كان كل منهما قد حصل بذلك على مقدار ما يرثه ، وعللوا ذلك بأن الأعيان تختلف فيها الأغراض ، فقد يرغب من حصل على المصنع في الحصول على المزرعة، وقد يرغب من حصل على المزرعة في الحصول على المصنع ، وهكذا ، وهذا التعليل هو ما علل به الإمام أبو حنيفه تعلق حق الورثة بأعيان التركة ، مما يجعلنا نقول : إن اختلاف الأغراض في تملك الأعيان ليس رأيا لأبي حنيفة وحده، ولكنه رأي الشافعية أيضا في مسألة تقسيم أعيان التركة بين المستحقين بطريق الوصية وفقا لأنصبتهم الشرعية .

---

١٢) المرجع السابق : نفس الموضع ، جامع الفصولين ج ٢ ص ٢٤٥-٢٤٦ .

١٣) راجع فقرة ٥٧ وما بعدها من مقالنا السابق في العدد الثاني من هذه المجلة ص ٩٠ وما بعدها .

١٤) جاء في تحفة المحتاج ج ٧ ص ١٦ : "..(والوصية لكل وارث بقدر حصته) مشاعا كنصف وثلث (لغو) لأنه يستحقه بغير وصية.. (وبعين هي قدر حصته) كأن ترك ابنين ودارا وقنا قيمتهما سواء ، فخص كلا بواحد ، (صحيحة وتفتقر الى الاجازة في الأصح) لاختلاف الأغراض بالأعيان .."

المطلب الثاني
البيع أو الشراء بالمحاباة

معنى المحاباة :

٩ - اختلف فقهاء الشريعة في تعريف المحاباة ، فعرفها بعضهم بأن يعاوض الشخص بماله ويسمح لمن عاوضه ببعض عوضه (١٥) ، وذلك كأن يبيع بأقل من ثمن المثل أو يشتري بأكثر منه (١٦) .

وعرفها المالكية (١٧) بأنها : البيع بأقل من القيمة بكثير قصدا لنفع المشتري ، أو الشراء بأكثر من القيمة بكثير قصدا لنفع البائع ، فما نقص عن القيمة في البيع أو زاد عليها في الشراء فهو عطية وهبة من المريض للمشتري أو البائع . ويظهر من تعريف المالكية للمحاباة أنهم يشترطون لتحقق المحاباة أن يقصد المريض بالتنازل عن جزء من عوضه نفع من تعامل معه ، فإذا لم يتوفر لديه هذا القصد كان ذلك غبنا (١٨) لا محاباة ، وأصحاب التعريف الأول لا يشترطون هذا الشرط في المحاباة ، فسيان عندهم أن يكون المريض قد قصد نفع من تعامل معه أولا ، طالما أنه تنازل عن جزء من عوضه لمن يتعامل معه .

١٠- والتعريف الأول هو الأقرب إلى الصحة ، لأمرين :

الأول : أن المريض يخرج في المحاباة بعض عوضه دون مقابل ، سواء قصد نفع المتعامل معه أولا ، وهذا - في حد ذاته - يلحق الضرر بالدائنين والورثة .

الثاني: أن تعريف المالكية قصر المحاباة على البيع والشراء ، مع أنها في الواقع تدخل في غير ذلك ، كالزواج ، فقد يتزوج المريض بأكثر من مهر المثل (١٩)

---

١٥) المغنى ج ٦ ص ٩٢-٩٥ وانظر فيه أقسام المحاباة الثلاثة ، وهي المحاباة في البيع والشراء ، والمحاباة في التزويج ، والمحاباة في الخلع .

١٦) كشاف القناع ج ٤ ص ٣٥٨ .

١٧) شرح ميارة على تحفة الحكام لابن عاصم ج ٢ ص ١٨ .

١٨) المصدر السابق : نفس الموضع .

١٩) المغنى ج ٦ ص ٩٢-٩٥ .

أنواع المحاباة :

تنقسم المحاباة - باعتبار من يحابيه المريض - إلى نوعين :

أ - محاباة المريض لوارثه .

ب - محاباة المريض لغير وارثه (الأجنبي) .

وستتناول كلا من النوعين في مسألة خاصة .

المسألة الأولى : محاباة المريض لوارثه :

١٢- إذا حابى المريض مرض الموت وارثه بأن باعه ما يساوي عشرة جنيهات مثلا بخمسة . أو اشترى منه ما يساوي خمسة بعشرة . فقد اختلف الفقهاء في حكم هذا التصرف على خمسة آراء :

الرأي الأول : وبه قال أهل الظاهر (٢٠) وبعض المالكية (٢١) - : أن هذا التصرف باطل مطلقا ، أي فيما يقابل ما دفع فيه العوض وفيما حابى فيه وارثه. واستدلوا على ذلك : بأن المريض المشتري دفع الثمن في مقابل المبيع كله ، والمريض لا يملك بيع المبيع كله بالثمن الذي اتفقا عليه ، لأنه أنقص من ثمن المثل، فلا يصح هذا البيع . كما لا يصح البيع عندما يقول البائع للمشتري بعتك هذه السيارة بألف جنيه فيقول المشتري قبلت شراء نصفها .

ويمكن أن يناقش هذا الدليل : بأن المريض يملك الشئ المبيع ، فله بحكم هذه الملكية بيعه كله ، لكن وقف نفاذ تصرفه على إجازة الورثة أن تصرفه بمحاباة فيه إضرار بحقهم .

---

٢٠) جاء حكم المحاباة عند الظاهرية بمناسبة بحث بيع الولي أو شرائه ممن تحت ولايته ، فقد يحابى الولي نفسه في هذا البيع أو الشراء .. انظر : المحلى ج ٨ ص ٣٧٣ المسألة ١٤٠١ ، المغنى ج ٦ ص ٩٢.

٢١) حاشية الحسن بن رحال المعداني على شرح ميارة لتحفة الحكام ج ٢ ص ١٨ .

الرأي الثاني : وبه قال الشافعية (٢٢) : يصح البيع في الشئ المبيع كله ، سواء ما قابل منه الثمن المسمى أم المقدار الذي حابى به ، لكن لا ينفذ البيع إلا بإجازة الورثة ، فإن أجازوا نفذ البيع في المبيع كله ، وإن لم يجيزوا لم ينفذ في القدر المحابى به فقط ، ونفذ في القدر المقابل للثمن المسمى .

الرأي الثالث : وبه قال بعض المالكية (٢٣) وبعض الحنابلة (٢٤) - ينفذ البيع فيما يقابل الثمن المسمى ولا ينفذ في قدر المحاباة ولو بإجازة الورثة ، فإذا أجازوا كانت إجازتهم عطية مبتدأة ، فتطبق عليها أحكامها .

الرأي الرابع : وبه قال أبو حنيفة (٢٥) : البيع صحيح لكنه موقوف كله على إجازة الورثة ، فإن أجازوه نفذ البيع في الجميع ، وإلا بطل في الجميع .

وهذا الرأي مبني على أن حق الورثة متعلق بأعيان التركة ، فلا يصح بيعه للوارث مطلقا ، سواء بمحاباة أم لا .

الرأي الخامس : وبه قال الصاحبان (٢٦) - البيع صحيح وموقوف على إجازة الورثة، فإن أجازوه صار نافذا ، وإن لم يجيزوه كان المشتري مخيرا بين أمرين :

---

٢٢) جاء في شرح الشيخ زكريا الأنصارى على متن البهجة ج ٤ ص ١١: ". . فإن الزائد على ما يتسامح به غالبا يحسب من الثلث ، فإن كانت مع الوارث أو ضاق الثلث عنها توقفت على الاجازة .. فان أجيزت فقد العقد في الجميع ، والا بطل فيما لا يخرج من الثلث ، وكذا فيما يخرج منه مع الوارث ".

٢٣) جاء في شرح ميارة على تحفة ابن عاصم ج ٢ ص ١٨ : " اذا أجاز الورثة الوصية للوارث ، أو الزائد على الثلث في الوصية للأجنبي، فهل اجازتهم تقرير لما فعل الموصى فلا تفتقر لحوز، أو ذلك انشاء عطية من الوارث فتفتقر للحوز ، فإن مات الوارث قبل حوزها بطلت ؟ قولان".

٢٤) المغنى ج ٦ ص ٩٣ .

٢٥) جاء في جامع الفصولين ج ٢ ص ٢٤٥ : " ولو كان هذا - البيع من المريض - مع الوارث لم يجز عند أبى حنيفة رحمه الله أصلا الا برضا ورثته ولو بمثل قيمته ، وعندهما - أى الصاحبين - يجوز ، ويخير بين فسخ واتمام لو فيه غبن أو محاباة.. وكذا وارث صحيح باع من مورثه المريض فهو على هذا الخلاف ، عند أبى حنيفة رحمه الله لم يجز ولو بقيمته ، وعندهما يجوز " .

٢٦) المصدر السابق : نفس العبارة ، مرآة المجلة ج ١ ص ١٩٠ .

الأول : أن يفسخ عقد البيع ، ويرد المبيع ، ويأخذ الثمن الذي دفعه .

الثانـي : أن يرفع الثمن إلى ثمن المثل ، فإذا فعل ذلك لم يكن للورثة الحق في فسخ البيع ، لعدم تأثر مالية التركة بذلك ، فما خرج منها دخل فيها مثله في القيمة .

الرأي الراجح :

١٣ – والرأي الراجح – فيما يظهر لنا – هو الرأي الرابع ، وهو رأي الإمام أبي حنيفة ، وذلك لما يأتي :

أولا : أن هذا الرأي يمنع من محاباة المريض لوارثه ، لأن المحاباة كما تكون بالتنازل عن جزء من قيمة الشئ تكون بإيثار أحد الورثة بعين من الأعيان كما سلف أن بينا ، ففي الأخذ بهذا الرأي منع للعداوة والشحناء بين أفراد الأسرة الواحدة .

ثانيا : أن الآراء الأخرى يمكن مناقشتها ، وقد سبق مناقشة الرأي الأول ، ويمكن مناقشة الآراء الباقية بأنها تعطي للوارث المحابي الحق في أخذ المبيع كله أو بعضه – على اختلاف بين هذه الأقوال – دون رضا بقية الورثة ، وذلك بأن يأخذ من المبيع مقدار ما يقابل الثمن الذي دفعه ، كما في الرأي الثاني والثالث ، أو بأن يدفع للورثة ما نقص عن ثمن المثل كما في الرأي الخامس ، وهذا لا يتفق مع الغاية التي من أجلها حرمت الوصية لوارث (٢٧) .

١٤ – وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية برأي الإمام أبي حنيفة في هذه المسألة، فنصت المادة ٣٩٣ منها على أنه :

" إذا باع شخص في مرض موته شيئا من ماله لأحد ورثته يصير ذلك موقوفا على إجازة سائر الورثة ، فإن أجازوا بعد موت المريض ينفذ البيع ، وإن لم يجيزوه لا ينفذ " (٢٨) .

---

٢٧) جاء في كشاف القناع ج ٤ ص ٣٦٢ : " ولو حابى المريض وارثه بطلت تصرفاته في قدرها – أى المحاباة – ان لم تجز الورثة ، لأن المحاباة كالوصية ، وهى لوارث باطلة، فكذلك المحاباة".

٢٨) انظر في مراجع هذه المادة في الفقه الحنفي : مرآة المجلة ج ١ ص ١٩٠-١٩١ .

المسألة الثانية : محاباة المريض لغير وارثه :

١٥ – انتهينا فيما سبق من بيان حكم محاباة المريض لوارثه ، ونأخذ الآن في بيان حكم محاباة المريض لغير وارثه ، أي لأجنبي ، فنقول: إذا كانت المحاباة من المريض لأجنبي فإنه يجب النظر في المقدار المحابى به : فإذا كان في حدود ثلث التركة نفذ دون حاجة إلى إذن الورثة (٢٩) ، أما إذا زاد على الثلث فيجب إجازة الورثة ، فإن أجازوا نفذ البيع ، لأن المنع للمحافظة على حقوقهم ، وإذا لم يجيزوا فقد اختلف الفقهاء في حكم البيع في هذه الحالة على ثلاثة آراء :

الرأي الأول : وبه قال المالكية (٣٠) لا ينفذ البيع في قدر المحاباة الزائد على ثلث التركة ، وينفذ فيما عدا ذلك .

الرأي الثاني : – وبه قال الحنفية (٣١) والشافعية (٣٢) – : للمشتري أن يختار أحد أمرين :

الأول : أن يفسخ البيع ، فيرد الشئ المبيع ، ويأخذ الثمن الذي دفعه.

---

٢٩) من أمثلة المحاباة في حدود ثلث التركة : أن يبيع المريض لشخص حديقة لا يملك سواها بعشرين ألف جنيه ، وهي – في الواقع – تساوى ثلاثين ألفا ، فالمحاباة هنا بعشرة آلاف ، وهي ثلث التركة . ومن أمثلة المحاباة التي تجاوزت حدود الثلث : أن يبيع حديقة تساوى ثلاثين ألفا بعشرة آلاف فقط ، فالمحاباة هنا بعشرين ألفا ، وهو أكثر من ثلث التركة .

٣٠) جاء في المنقى للباجى ج ٦ ص ١٥٨ : " وان كان فيه محاباة خير الورثة بين الاجازة وبين أن يقطعوا له بثلث ما عليه .."

٣١) انظر جامع الفصولين ج ٢ ص ٢٤٥ فقد جاء فيه : " مريض عليه دين يحيط بماله لو باع عينا من ماله من أجنبي بغبن يسير لم تجز المحاباة وفاقا ، أجازت الورثة أم لا ، فالمشترى يتم القيمة أو يفسخ البيع ، ولولا دين عليه جازت بقدر الثلث " . وانظر المادتين ٣٩٤ ، ٣٩٥ من مجلة الأحكام العدلية والمراجع التي اعتمدنا عليها في : مرآة المجلة ج ١ ص ١٩١-١٩٢ .

٣٢) جاء في الأم للشافعي بمثله جاز، وان باعه بمالا يتغابن الناس بمثله قيل للوارث: حكم الزيادة على ما يتغابن الناس بمثله حكم الوصية ، وأنت فلا وصية لك ، فإن شئت فاردد البيع إذا لم يسلم لك ما باعك ، وإن شئت فأعط الورثة من ثمن السلعة مازاد على ما يتغابن الناس بمثله.

الثاني : أن يدفع لورثة المريض ثمن المقدار المحابى به الزائد على الثلث.

الرأي الثالث : وبه قال الحنابلة (٣٣) - إذا أجاز الورثة البيع صار لازما وإذا لم يجيزوا فالمشتري بالخيار بين فسخ البيع وإمضائه ، فإذا اختار الإمضاء نفذ البيع في بعض المبيع ببعض الثمن ، وذلك أن تسقط قيمة الثمن من قيمة المبيع ، ثم تنسب الثلث إلى الباقي ، فيكون الكسر الناتج عن هذه النسبة هو الذي يصح البيع بمقداره (٣٤)

١٦ - وقد رجح ابن قدامه (٣٥) الحنبلي الرأي الثالث ، واحتج له بأن فيه مقابلة بعض المبيع بقسطه من الثمن عند تعذر أخذ جميعه بجميع الثمن ، وذلك نظير ما لو اشترى سلعتين بثمن فانفسخ البيع في إحداهما لعيب أو غيره (٣٦) .

وقد ناقش ابن قدامه الرأي الأول : بأن المريض باع للأجنبي المبيع كله بالثمن المتفق عليه بينهما ، فلا يصح أن يأخذ بعضه بالثمن كله ، ونظير ذلك ما لو قال لشخص : بعتك هذه الدار بألف فيقول المشتري قبلت نصفها بالألف (٣٧) .

---

٣٣) المغني جـ ٦ ص ٩٢ - ٩٣ .

٣٤) فلو باع ما يساوي تسعين بثلاثين ولم يكن له شئ آخر يملكه ، فتسقط قيمة الثلث وهي ثلاثون - من قيمة المبيع - وهي تسعون فالباقي ستون ، ثم ينسب الثلث - وهو ثلاثون - إلى الباقي - وهو ستون - فيكون نصفها ، فهذا الكسر يصح البيع بمقداره ، فيصح في نصف المبيع بنصف الثمن .

٣٥) هو أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامه المقدسي ، الدمشقي من كبار فقهاء الحنابلة ، ولد سنة ٥٣٢ في إحدى قرى نابلس بفلسطين ، وتلقى العلم في دمشق ، ورحل إلى بغداد ، ثم عاد إلى دمشق ، توفى سنة ٦٢٠ هـ ، من مؤلفاته كتاب " المغني " ..

انظر : فوات الوفيات ١:٢٠٣، شفرات الذهب ٥ :: ٨٨، مقدمة كتاب المغني .

٣٦) المغني جـ ٦ ص ٩٣ .

٣٧) راجع : المغني جـ ٦ ص ٩٣.

كما ناقش الرأي الثاني : بأن فيه إجبار الورثة على المعاوضة على غير الوجه الذي عاوض مورثهم به (٣٨) .

موقف القانون من حكم بيع المريض :

١٧- أورد القانون المدني المصري حكم تصرفات المريض - سواء أكانت بيعا أم غيره في المادة ٩١٦ ، وهي تنص على أن : " كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت ، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف .

٢- وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتج على الورثة بتاريخ هذا السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا .

٣- وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه " .

وجاء في الفقرة الثالثة من المادة ٤٧٧ مدني : " ويسري على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة ٩١٦ ، وعلى هذا فإذا طعن الورثة بعد موت المريض في بيعه فيجب عليهم أولا أن يثبتوا أن البيع قد صدر من مورثهم وهو في مرض موته ، ولهم إثبات ذلك بكافة الطرق ، فإذا أثبتوا ذلك اعتبر البيع - قانونا - هبة من المريض للمشتري ، ولاعبرة بالثمن المذكور في العقد ، فتسري عليه أحكام الوصية ، إلا إذا أثبت المشتري أنه دفع ثمنا لا يقل عن قيمته (٣٩) .

ولبيان حكم بيع المريض تفصيلا نفرق بين أربع حالات على النحو التالي :

الحالة الأولى : البيع بما لايقل عن القيمة :

١٨- إذا استطاع المشتري أن يثبت أنه دفع ثمنا للبيع لا يقل عن قيمته كان البيع صحيحا نافذا دون حاجة إلى إجازة الورثة ، وسواء في ذلك أن يكون البيع لوارث أم لغير وارث ، وحكم القانون في حالة اليع لوارث

---

٣٨) المرجع السابق : نفس الموضع .

٣٩) الوسيط جـ ٤ المجلد الأول ص ٣٢٦ - ٣٢٨ .

يساير جمهور الفقهاء ويخالف رأي أبي حنيفه على نحو ما سبق بيانه(٤٠)،

أما في حالة البيع لغير وارث فالقانون يتفق مع جميع من ذهب من علماء الشريعة إلى تأثير مرض الموت في التصرفات .

الحالة الثانية :البيع بأقل من القيمة في حدود ثلث التركة:

١٩- وإذا أثبت المشتري أن الثمن الذي دفعه أقل من قيمة المبيع بما لا يجاوز الثلث فالبيع صحيح نافذ دون حاجة إلى إجازة الورثة ، سواء كان البيع لوارث أم لغير وارث . وقد كان البيع - بأقل من القيمة - بما لا يجاوز ثلث التركة في عهد التقنين المدني السابق يفرق فيه بين ما إذا كان البيع لغير وارث ، ويكون الحكم فيه ما قدمناه ، وما إذا كان البيع لوارث فلا ينفذ إلا بإجازة الورثة ، وذلك أن أية محاباة في الثمن تعتبر تبرعا ، فتأخذ حكم الوصية، وكانت الوصية في عهد التقنين المدني السابق لا تجوز لوارث إلا بإجازة الورثة ، إلى أن صدر قانون الوصية (رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦) فأجاز الوصية لوارث دون حاجة إلى إجازة الورثة (٤١)

الحالة الثالثة :البيع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة :

وإذا تمكن المشتري من إثبات دفعه ثمنا أقل من قيمة المبيع بمقدار أكثر من ثلث التركة فالبيع في هذه الحالة لا يكون نافذا في القدر الزائد على الثلث إلا بإجازة الورثة ، أي أن المقدار المحابى به يأخذ حكم الوصية ، ويستوي في ذلك أن يكون البيع لوارث أم لغير وارث (٤٢) .

---

٤٠) راجع ما سبق فقره رقم ٥ ومابعدها .

٤١) الوسيط جـ ٤ المجلد الأول ص ٣٣٠ ، وانظر في آراء الفقهاء وأدلتهم وموقف القانون من الوصية لوارث : كتابنا أحكام الوصية في الفقه الإسلامي والقانون ص ٩٤ - ١٠٠ .

٤٢) وعلى هذا فلو باع المريض سيارة قيمتها عند موته ٤٥٠٠ جنيه بمبلغ ٢٠٠٠ جنيه ، فإن المقدار المحابى به يكون ٢٥٠٠ جنيه ، وهذا المبلغ أكثر من ثلث التركة، إذ أن ثلثها يقدر بـ ١٥٠٠ جنيه ، فيكون المقدار الزائد عن الثلث وهو ١٠٠٠ جنيه محتاجا إلى إجازة الورثة لنفاذ تصرف المريض فيه ، فإذا لم يجيزوا كان للمشتري فسخ البيع، فيرد السيارة ويأخذ =

وقد كان التقنين المدني السابق يفرق في البيع بأقل من القيمة بما لا يجاوز ثلث التركة بين ما إذا كان البيع لغير وارث ، فيكون حكمه ما قدمنا ، وما إذا كان البيع لوارث فلا ينفذ في حق الورثة في جميع المبيع إلا بإجازتهم(٤٣) .

الحالة الرابعة : البيع بغير ثمن أصلا :

٢١ – إذا لم يستطع المشتري إثبات دفع أي ثمن للمريض فإن تصرف المريض يعتبر حينئذ هبة بلا مقابل ، فلها حكم الوصية لوقوعها في مرض الموت .

وعلى هذا فإذا كان المبيع لا تزيد قيمته علي ثلث التركة نفذ البيع دون حاجة إلى إجازة الورثة ، أما إذا زادت قيمته على ثلث التركة لم ينفذ التصرف في القدر الزائد على الثلث إلا بإجازة الورثة ، فإن لم يجيزوا كان على المشتري أن يرد الزائد على الثلث إلى التركة، وسواء في هذا أن يكون البيع لوارث أم لغير وارث .

وفي ظل التقنين المدني السابق كان يفرق بين ما إذا كان البيع لغير وارث فحكمه ما سبق ، وما إذا كان البيع لوارث فلا ينفذ البيع في جزء من المبيع إلا بإجازة الورثة (٤٤) .

= الثمن الذي دفعه ، وهو ألفا جنيه ، وكان له أن يمضي البيع فيؤدي إليهم ألف جنيه ليضاف إلى الألفين اللذين دفعهما ثمنا للسيارة ، وهذا المبلغ (٢٠٠٠ + ١٠٠٠ = ٣٠٠٠) هو ثلثا التركة الذي يستحقه الورثة ، أما الثلث الآخر فقد منحه الشارع للمريض يتبرع به لزيادة حسناته . راجع الوسيط جـ ٤ . المجلد الأول ص ٣٣٢ بتصرف .

٤٣) الوسيط : جـ ٤ المجلد الأول ص ٣٣٣ .

٤٤) المصدر السابق : جـ ٤ المجلد الأول ص ٣٣٣ – ٣٣٤ .

المبحث الثاني
أثر المرض في عقد الإجارة

تمهيـد :

٢٢- الإجارة في اللغة : اسم للأجرة ، وهي ما يعطى في مقابل العمل(٤٥). وقد اشتهرت بعد أن نقلها الفقهاء إلى دائرة البحث الفقهي في العقد نفسه ، باعتبار أنه سبب لوجوبها، ومن ثم جاء تعريفهم لها باعتبار أنها عقد لا بإعتبار أنها أجرة (٤٦)، ومن تعريفات الفقهاء لها باعتبار أنها عقد: " بيع منفعة معلومة بأجر معلوم " ، وقيل : هي " تمليك المنافع بعوض (٤٧) " .

والمريض عندما ما يؤجر نفسه أو ماله قد لا يحابي المستأجر ، وفي هذه الحالة تكون إجارته إجارة صحيحة نافذة، فأنه لا ضرر يلحق الورثة والدائنين من ذلك ، وقد يحابي من تعامل معه ، وعندئذ يجب التفرقة بين ما إذا كان يؤجر نفسه أو ماله ، وسنعرض ذلك في مطلبين .

المطلب الأول
تأجير المريض ماله بمحاباة

٢٣- اختلف الفقهاء فيما لو أجر المريض ماله وحابى من تعاقد معه - كما هو

---

٤٥) جاء في لسان العرب لابن منظور (مادة : أجر) :

" الأجر : الجزاء على العمل ، والجمع أجور ، والإجارة من أجر يأجر وهو ما أعطيت من أجر في عمل ، والأجر : الثواب ... "

٤٦) حاشية الباجوري جـ ٢ ص ٢٧ ، مفتاح الكرامة جـ ٧ ص ٧١ .

٤٧) شرح العيني على الكنز جـ ٢ ص ١٤٨ وانظر مزيدا من تعريفات فقهاء المذاهب الأخرى في رسالتنا : " نظام استغلال الأراضي الزراعية بين الشريعة والقانون جـ ١ ص ١٦٦ (ط : دار الثقافة العربية بالقاهرة ١٩٨٧)

الحال فيما لو أجر سيارته بمائة جنيه في الشهر بينما أجرة المثل لهذه السيارة تقدر بثلاثمائة جنيه مثلا – على مذهبين :

المذهب الأول – وبه قال المالكية(٤٨) والشافعية(٤٩) والحنابلة(٥٠) – أن هذه المحاباة تنفذ في حدود الثلث إذا كانت المحاباة لأجنبي ، ولا ينفذ شئ منها إلا بإجازة الورثة إذا كانت لوارث .

المذهب الثاني – وبه قال الحنفية (٥١) – أنه لا أثر للمرض في هذه المحاباة، فتنفذ دون حاجة إلى إجازة الورثة مهما بلغت .

٢٤- وقد استند الحنفية فيما ذهبوا إليه إلى دليلين :

١- القياس على الإعارة ، فالمريض له أن يعير دون تقيد بحدود الثلث ، فكذلك له أن يؤجر بمحاباة دون تقيد بالثلث ، والجهة الجامعة بين الإجارة والإعارة أنهما عقدان واردان على المنفعة (٥٢) .

٢- أن الإجارة تنتهي بموت أحد العاقدين ، وعلى هذا فلا ضرر على الورثة والدائنين من الإجارة بمحاباة، لأن ملكية منافع الشئ المستأجر تكون للمريض قبل موته ، ثم تنتهي الإجارة بالموت وتعود المنفعة لورثته ، غير

---

٤٨) انظر عبارة الخرشي التي سبقت

٤٩) جاء في شرح البهجة جـ ٤ ص ١٢ :

" بأن أجر نفسه في مرضه بدون أجرة المثل يحسب النقص من الثلث ، لأنه امتناع من التحصيل لاتفويت للحاصل ، ولا مطمع للورثة في عمله ، بخلاف المحاباة في أجر أمواله " .

٥٠) انظر كشاف القناع جـ ٤ ص ٣٦٣ فقد جاء فيه :

" وان أجر نفسه وحابى المستأجر – وارثا كان أو غيره – صح مجانا، بخلافل عبيده وبهائمه ".

٥١) جاء في جامع الفصولين جـ ٢ ص ٢٤٦ : " مريض أجر بيته بدون أجر مثله لا يعتبر من الثلث، إذ لو أعاره جاز "

٥٢) انظر العبارة المنقولة في الهامش السابق .

محملة بأي حق لشخص آخر، ومن هنا فلا ضرر يلحق بالورثة أو الدائنين (٥٣).

٢٥- ويمكن أن يناقش دليل الحنفية الأول بأن الإعارة تحتسب أجرتها وتخرج من الثلث ، وقد نص على هذا الشافعية (٥٤) .

كما يمكن مناقشة دليلهم الثاني : بأن جمهور (٥٥) الفقهاء لا يقولون بفسخ الإجارة بموت أحد العاقدين ، وإنما يقوم وارث كل منهما مقام مورثه حتى تنتهي مدة العقد .

٢٦ - هذا ويجب أن نعترف بأن ترجيح أحد الرأيين في هذه المسألة على الآخر غير ممكن إلا بعد معرفة أي الرأيين أرجح في مسألة فسخ الإجارة بموت أحد العاقدين ، ولما كان المقام هنا لا يحتمل عرض أدلة الرأيين في هذه المسألة والموازنة بينها (٥٦) ، فإنا نكتفي بالإشارة إلى

---

٥٣) انظر في فسخ الإجارة بموت أحد العاقدين عند الحنفية : المبسوط جـ ١٥ ص ١٥٣-١٥٤ ، البدائع جـ ٤ ص ٢٢٣ ، الزيلعي جـ ٥ ص ١٤٤، إتحاف الأبصار والبصائر ص ٤٠٥ ، أحكام المعاملات الشرعية للخفيف ص ٤٧٨ .

وعند الظاهرية : المحلي جـ ٨ ص ٢١٤ ، وعند بعض الزيدية : البحر الزخار جـ ٤ ٦٠ .

٥٤) نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٥٥ .

٥٥) انظر للمالكية : القوانين الفقهية ص ٣٠٤ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٣٠ ، والذخيرة جـ ٤ ورقة ١٤١ .

وللشافعية : الحاوي جـ ٩ ورقة ٢٦٨ ، كفاية الأخبار جـ ١ ص ١٦٨ ، الميزان للشعراني جـ ٢ ص ٨٠ ، رحمة الأمة ص ١٨٠ .

وللحنابلة : المغني جـ ٥ ص ٤٢٨، الروض المرجع جـ ٢ ص ١٠٧ ، غاية المنتهى جـ ٢ ص-٢١.

وللإمامية : المختصر النافع ص ١٥٢ ، مفتاح الكرامة جـ ٧ ص ٧٦ ، وسيلة النجاه جـ ٢ ص٥١ .

٥٦) راجع آراء الفقهاء وأدلتهم والموازنة بينها تفصيلا في رسالتنا : نظام استغلال الأراضي الزراعية بين الشريعة والقانون جـ ١ ص ٣٤٩ - ٣٥٤ .

أنه ينبغي تطبيق الرأي الذي يتفق مع مصلحة العاقدين ، فإذا كانت المصلحة تقتضي بقاء العقد ، لأن الورثة في حاجة إلى بقائه ، وكان عندهم استعداد للقيام مقام مورثهم – وجب الحكم ببقائه كما يقول الجمهور ، وذلك حرصا على مصلحتهم ، ودفعا للضرر عنهم ، وإذا كانت المصلحة تقتضي عدم بقاء العقد كما هو الحال لو ترك المستأجر ورثة صغارا أو عجزة لا يستطيعون القيام بإتمام العمل فيجب الحكم بفسخ العقد ، أخذا بمذهب الحنفية (٥٧)

وعلى هذا ففي حالة تطبيق رأي الجمهور تحتسب المحاباة في الأجرة من الثلث وفي حالة تطبيق رأي الحنفية تحتسب المحاباة من رأس المال .

المطلب الثاني
تأجير المريض نفسه بمحاباة

٢٧- إذا أجر المريض نفسه بأقل من أجرة المثل – كما هو الحال لو أجر نفسه في الشهر بمائة جنيه وكانت أجرة المثل تقدر بمائتي جنيه – فهل يتعلق حق الورثة بالقدر الذي حابى به المريض المستأجر أولا ؟

يرى الشافعية (٥٨) والحنابلة (٥٩) أن حق الورثة يتعلق بالأموال الحاصلة فعلا في تركته ، ولا يتعلق بما سيحصل عليه المريض من عمله، ثم إن الورثة لا مطمع لهم في عمل المريض ، ولا يتعلق حقهم ببدنه .

---

٥٧) المرجع السابق جـ ١ ص ٣٥٤ .

٥٨) راجع هامش ٢ فقرة ٢٣ .

٥٩) راجع هامش ٣ فقرة ٢٣ .

المبحث الثالث
أثر المرض في عقد المضاربة

تمهيـــد :

٢٨ - المضاربة - وتسمى القراض والمعاملة - نوع من أنواع الشركة في الشريعة الإسلامية ، وهي شركة في الربح لا في رأس المال وسميت بذلك لأن كلا من صاحب المال والعامل يضرب فيها بسهم في الربح(٦٠).

ويعرف فقهاء الشريعة المضاربة بأنها . عقد على نقد ليتصرف فيه العامل بالتجارة، ليكون الربح بينهما على حسب ما يشترطانه(٦١).

ومعنى هذا أن المضاربة عقد على الشركة في الربح بمال من أحد الجانبين ، والعمل من الجانب الآخر، والعمل يكون بالتجارة ، والربح بينهما على حسب الشرط .

مضاربة المريض بأكثر من أجرة المثل :

٢٩ - وإذا قدم المريض مالا للعامل ليتاجر فيه ، وشرط للعامل جزءا من الربح أكثر من أجرة مثله ، فهل للورثة بعد وفاة المريض حق الاعتراض على هذا التصرف أولا ؟

---

٦٠) تهذيب الأسماء واللغات - القسم الثاني - جـ ١ ص ١٨٢ (مادة : ضرب) والشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي - القسم الثاني - ص ٥٠ .

٦١) حاشية الرملي على أسنى المطالب جـ ٢ ص ٣٨٠ .

نقول : لا يرى فقهاء الحنفية (٦٢) والشافعية (٦٣) والحنابلة (٦٤) حقا للورثة في الاعتراض على هذا التصرف ، لأن الزيادة عن أجر المثل التي يأخذها العامل في المضاربة ليست من مال المريض ، وإنما هي من الربح الحادث بسبب التجارة ، والربح يحدث منذ البداية على ملك العامل، ولا يحدث على ملك المالك ثم يتحول بعد ذلك إلى العامل (٦٥) .

٣٠ - ويخالف هذا محاباة المريض للأجير في الأجرة ، فإن المقدار المحابى به

---

٦٢) جاء في جامع الفصولين جـ ٢ ص ٢٤٧ :

" مريض دفع ألفا إليه على أن ما رزق الله تعالى فهو بينهما نصفان ، فربح ألفا ، فمات ، وأجر مثل المضاربة أقل من حصته من الربح ، وعلى المالك دين محيط - فللمضارب نصف الربح ، يبدأ به قبل دينه إذا دفع يوم وقع للمضارب ، ولم يملكه رب المال . "

٦٣) انظر شرح البهجة جـ ٤ ص ١٢ فقد جاء فيه :

" بأن شرط في مرضه لعامل القراض أكثر من أجرة مثله فلا يحسب من الثلث ، إذ لا تفويت ، بخلاف مثله في المساقاة حيث يحسب منه ، فإن الثمرة كالحاصلة ، لحصولها بنفسها في وقت معلوم ، بخلاف الربح "

٦٤) في كشاف القناع جـ ٣ ص ٥١٢ :

" .. (وان قارض) المريض (في المرض) المخوف ومات فيه (فالربح من رأس المال ، وان زاد على تسمية المثل) أي ما يسمى لمثله من رأس المال ، وان زاد على تسمية المثل) أي ما يسمى لمثله (ولا يحتسب من ثلثه ، ويقدم به على سائر الغرماء) لأن ذلك لا يأخذه من ماله ، وإنما يستحقه بعمله من الربح الحادث ، ويحدث على ملك المضارب دون المالك ، بخلاف مالو حابى الأخير في الأجر ، فإنه يحتسب بما حاباه من ثلثه ، لأن الأجر يؤخذ من ماله " .

٦٥) المصدر السابق : نفس العبارة ، وانظر فتح العزيز جـ ١٢ ص ٢٦ - ٢٧ فقد جاء فيه : " لو قارض في مرض موته صح ، وإذا ربح العامل سلم له الجزء المشروط ، وإن زاد على أجرة مثل عمله ، ولا يحسب من الثلث ، لأن المحسوب من الثلث ما يفوته من ماله ، والربح ليس بحاصل حتى يفوته ، وإنما هو شئ يتوقع حصوله ، فإذا حصل حصل بتصرفات العامل وكسبه " .

يعتبر من الثلث ، وذلك لأن الأجرة التي يحصل عليها الأجير يأخذها من عين مال المؤجر (٦٦)

هذا ولا يخفى أن عامل المضاربة الذي شرطت له حصة من الربح أكثر من أجرة مثله يقدم على الدائنين في أخذ حصته من الربح ، لأن حق الدائنين يتعلق بمال المريض دون مال العامل (٦٧) .

---

٦٦) المصدر السابق : نفس العبارة .

٦٧) انظر ما سبق نقله عن جامع الفصولين وكشاف القناع .

المبحث الرابع
أثر المرض في عقد المساقاة

تمهيــــد :

٣١- المساقاة في اللغة : مفاعلة من السقي، وهو إشراب الماء وما أشبهه(٦٨) وشرعا : معاقدة على دفع الأشجار إلى من يعمل فيها ، على أن تكون الثمرة بينهما(٦٩) .. وسمي هذا النوع من التعامل مساقاة لأن السقي كان أعظم ما تتطلبه هذه الأشجار في بلاد الحجاز، حيث تقل المياه ، ويكون جل الاعتماد على الري من الآبار (٧٠) .

مساقاة المريض :

٣٢- وإذا كان المريض يملك بستانا فقدمه للعامل ليعمل فيه بجزء من ثمرته ، فإما أن يكون هذا الجزء في حدود أجرة المثل أو يزيد عليها ، فإن كان في حدود أجرة المثل كانت المساقاة صحيحة نافذة دون حاجة إلى إجازة من أحد ، لأن هذا التصرف لا يضر بالورثة أو الدائنين . أما إذا زاد الجزء المشترط للعامل في المساقاة عن أجرة المثل – كما هو الحال لو كان قد شرط له الثلثان وأجرة المثل النصف – فقد اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين :

الرأي الأول : الزيادة على أجر المثل تكون محاباة ، فتحسب من الثلث إذا كان العامل غير وارث، وبهذا قال الحنفية (٧١) والمالكية (٧٢)

---

٦٨) معجم مقاييس اللغة لابن فارس (مادة : سقى) .

٦٩) شرح العيني على الكنز جـ ٢ ص ١٩٨ وانظر تعريفات أخرى لها مع بيان لأهم الفروق بينها في رسالتنا : نظام إستغلال الأراضي الزراعية جـ ٢ ص ٢١٦ – ٢١٩

٧٠) كشاف القناع جـ ٣ ص ٥٢٣ .

٧١) المبسوط جـ ٢٣ ص ١٣٤ ، جامع الفصولين جـ ٢ ص ٢٤٧ .

٧٢) المدونة جـ ٥ ص ١٧ .

والحنابلة (٧٣) وهو الرأي الأرجح عند الشافعية (٧٤)

الرأي الثاني : وبه قال بعض الشافعية (٧٥) أن الزيادة على أجر المثل تكون نافذة من رأس المال دون التقيد بالثلث .

٣٣- وقد احتج أصحاب الرأي الأول : بأن الثمرة التي سيحصل عليها العامل في المساقاة هي جزء من عين مال المريض (٧٦) ، فالمحاباة بها من قبل المريض تعتبر تبرعا ، والتبرع لا ينفذ إلا في حدود ثلث التركة إذا كان من تعامل معه المريض غير وارث .

٣٤- واستند أصحاب الرأي الثاني إلى أن الثمرة لم تكن موجودة بالفعل عند إنشاء عقد المساقاة، ووجودها يعزي إلى عمل العامل، ورعايته للبستان(٧٧) وعلى هذا فليست الثمرة جزءا من عين مال المريض ، حتى تخضع لقاعدة التبرع .

٣٥- ويبدو لنا أن الرأي الأول هو الراجح ، لأن هناك فرقا بينا بين الثمرة الحاصلة في المساقاة والربح الحاصل في المضاربة ، فالثمرة في المساقاة جزء من عين مال المريض – وهو الشجر – وليس كذلك الربح في المضاربة فإنه ليس جزءا من عين مال المريض وإنما يحصل نتيجة تداول هذا المال بالبيع والشراء .

---

٧٣) في كشاف القناع جـ ٣ ص ٥١٢ : " .. (وان سقى) المريض (أو زارع في مرض موته) المخوف (حسب) الزائد (من الثلث) لأنه من عين المال . بخلاف الربح في المضاربة .. "

٧٤) جاء في فتح العزيز جـ ١٢ ص ٢٧ : ولو ساقى في مرض الموت ، وزاد الحاصل على أجرة المثل فوجهان : أحدهما أنه يحسب من الثلث أيضا ، لأنه لم يكن حينئذ ثمرة ، وحصولها منسوب إلى عمل العامل وتعهده ، وأشبههما : احتساب الزيادة من الثلث ، لأن للثمار وقتا معلوما بنتظر ، وهي قد تحصل من عين النخيل من غير عمل فكانت كالشئ الحاصل ، بخلاف الأرباح " وانظر مع ذلك شرح البهجة جـ ٤ ص ١٢ .

٧٥) المصدر السابق : العبارة نفسها.

٧٦) انظر عبارة كشاف القناع السابقة .

٧٧) انظر عبارة فتح العزيز السابقة .

٣٦- هذا كله إذا كان المريض هو صاحب المال أو الشجر، أما إذا كان المريض هو العامل في المضاربة أو المساقاة - كما هو الحال لو دفع شخص صحيح إلى شخص مريض مالا على سبيل المضاربة أو شجرا على سبيل المساقاة وكان قد شرط للعامل المريض أجرة أقل من أجرة المثل - فإن فقهاء الحنفية (٧٨) قد نصوا على أن المريض له أكثر مما شرط له ، سواء كانت محاباته في حدود الثلث أم لا ، وذلك لأن المريض هنا لم يتصرف في ماله حتى يقال إنه أضر بالورثة والدائنين ولكنه تصرف في منافع بدنه، وهذه لا سلطان للورثة أو الدائنين عليها.

٣٧- وما ذهب إليه الحنفية هنا ، قد ذهب إلى قريب منه الشافعية (٧٩) والحنابلة (٨٠)،عندما اعتبروا تأجير المريض نفسه بأقل من أجرة المثل ، من باب تبرعه بمنافع بدنه ، وهي لا تخضع للحجر .

---

٧٨) جاء في جامع الفصولين جـ ٢ ص ٢٤٧ : " ولو دفع الصحيح ألفا مضاربة إلى مريض على أن للمضارب عشر الربح ، فربح ألفا ، وأجرة مثله خمسمائة ، فمات بمرضه ذلك ، وعليه دين محيط ، فله عشر الربح فقط ، ولو أقل من أجر مثل عمله ، إذ تبرع بمنفعة نفسه ، ولا حجر فيه " وجاء في المبسوط جـ ٢٣ ص ١٣٢ : " ولو دفع الصحيح إلى المريض نخلا له معاملة ... وأجر مثل ذلك العمل أكثر من حصته فليس له إلا ما شرط له ، لأن المريض إنما تصرف هنا فيما لاحق له فيه لغرمائه ولورثته ، وهو منافع بدنه " .

٧٩) راجع هامش الفقرة ٢٣ .

٨٠) راجع هامش الفقرة ٢٣

المبحث الخامس
أثر المرض في عقد المزارعة

تعريف المزارعة :

٣٨- المزارعة في اللغة : مفاعلة من الزرع ، وله معنيان :

الأول حقيقي وهو : الإنبات ، يقال : زرعه الله ، أي أنبته .

والثاني مجازي وهو : طرح البذر وإلقاؤه على الأرض (٨١)

أما من الناحية الشرعية فقد اختلف الفقهاء في تعريفها ، فعرفها الحنفية (٨٢) بأنها : " عقد على الزرع ببعض الخارج ".

وعرفها المالكية(٨٣) بأنها : "الشركة في الزرع " ، وعرفها الشافعية (٨٤) بأنها

---

٨١) تهذيب الأسماء واللغات – القسم الثاني – مادة زرع ، الكليات لأبي البقاء ص ٢٠١ .

ولما كان المعنى الحقيقي للزرع هو الإنبات ، وكان الانبات لا يتأتي حقيقة إلا من الخالق عز وجل فقد نهى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – عن أن ينسب الإنسان الزرع – بمعنى الإنبات – إلى نفسه ، يقول صلى الله عليه وسلم : " لا يقولن أحدكم زرعت ولكن ليقل حرثت" قال الهيثمي في مجمع الزوائد (٤: ٣٠) عن هذا الحديث : " رواه الطبراني في الأوسط والبزار ، وفيه مسلم بن أبي مسلم الجرمي لم أجد من ترجمه، وبقية رجاله ثقات " .

أما اذا قال الإنسان زرعت ، وأراد منه المعنى المجازي ، أي ألقيت البذر فإنه جائز ، لأنه فاعل لسبب الإنبات ، وهو إلقاء البذر ، ويدل لهذا ما رواه الشيخان : " لا يغرس المسلم غرسا ولا يزرع زرعا، فيأكل منه طير أو إنسان أو بهيمة إلا كان له به صدقة "..راجع فتح الباري جـ ٥ ص ٤٠٠ ، شرح النووي على صحيح مسلم جـ ١٠ ص ٢١٣ ، رسالتنا : نظام استغلال الأراضي الزراعية جـ ٢ ٣٨٠ – ٣٨١ .

٨٢) البائع جـ ٦ ص ١٧٥ .

٨٣) منح الجليل للشيخ عليش جـ ٣ ص ٣٢٨ .

٨٤) نهاية المطلب جـ ٧ الورقة ٤٦ ، فتح العزيز شرح الوجيز جـ ١٢ ص ١١٠ .

: " المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها ، والبذر من المالك ". وعرفها الحنابلة(٨٥) بأنها : "دفع الأرض إلى من يزرعها أو يعمل عليها والزرع بينهما".

والمتأمل في هذه التعاريف يجد أنها - فيما عدا تعريف المالكية - تجمع على تصوير المزارعة بأنها : " العقد على الزرع ببعض الخارج من الأرض ". أما المالكية فقد عرفوها بتعريف يتفق والنظام الخاص الذي قالوا بمشروعيته(٨٦)، فهم يعتبرون المزارعة شركة ابتداء وانتهاء ، ولهذا أعطيت عندهم أحكام الشركة ، وهذه النظرة تخالف نظرة الجمهور إلى المزارعة، فهي عندهم إجارة ابتداء ، وشركة في المحصول انتهاء (٨٧) .

مشروعيتهـــا :

٣٩- هذا وقد اختلف فقهاء الشريعة في جواز المزارعة على ثلاثة مذاهب :

المذهـــب الأول : أنها جائزة مطلقا ، سواء كان البذر من المالك أم من العامل .. وهذا رأي كثير من الصحابة والتابعين وسائر فقهاء المحدثين ، وبعض أتباع المذاهب الأربعة وغيرهم (٨٨) .

المذهب الثاني : أن المزارعة لا تجوز مطلقا ، سواء كان البذر من المالك أم من العامل .. وقد روي هذا عن بعض الصحابة وبعض التابعين ، وعن أبي حنيفه ، ومالك ، والشافعي وغيرهم (٨٩) .

المذهب الثالث : أن المزارعة تجوز إذا كان البذر من المالك ، ولا تجوز إذا كان

---

٨٥) المغني ج- ٥ ص ٣٨٢ .

٨٦) راجع في النظام الخاص بالمزارعة المشروعة عند المالكية : رسالتنا : نظام استغلال الأراضي الزراعية جـ ٢ ص ١٩٩ - ٢١٢

٨٧) البدائع جـ ٦ ص ١٧٧ - ١٧٨ ، الزيلعي جـ ٥ ص ٢٨٠ .

٨٨) راجع في تحديد القائلين بهذا الرأي ، والمراجع التي وردت فيها آراؤهم رسالتنا ، نظام إستغلال الأراضي الزراعية جـ ٢ ص ٢٠ - ٦٣ .

٨٩) المرجع السابق جـ ٢ ص ٣٩٥ - ٣٩٦ .

البذر من العامل .. وبهذا قال ابن عباس في رواية ، وأحمد بن حنبل في أظهر روايته(٩٠).

ولا يتسع المقام هنا لذكر أدلة كل مذهب من هذه المذاهب ، لكن يكفي أن نشير إلى أن أقواها دليلا هو الأول ، وقد أثبتنا ذلك في مؤلف آخر(٩١).

مزارعة المريض :

٤٠- وإذا قدم المريض أرضه إلى العامل فلا بد من التفرقة بين ما إذا كان البذر منه أو من العامل ، وهذه التفرقة لها أهميتها ، فلو كان البذر من المريض فإنه يكون قد تصرف في جزء من أعيان ماله ، ولو كان البذر من العامل فإن المريض لا يكون قد تصرف في شئ من أعيان ماله ، إذ أن أرضه التي قدمها للعامل مزارعة تعود إليه بعد استغلالها دون أن ينقص من عينها شئ.

وعلى هذا الأساس سنتحدث عن هاتين الحالتين مخصصين لكل حالة مطلبا مستقلا .

المطلب الأول
البذر من المريض (المالك)

٤١- إذا قدم المريض أرضه مزارعة لشخص ، واشترط أن يكون البذر عليه لا على العامل ، وكان قد حابى العامل في الحصة المشروطة له - كما هو الحال لو شرط للعامل ثلاثة أرباع المحصول مع أن أجرة مثله ربع

---

٩٠) المرجع السابق جـ ٢ ص ٢٩٧ ، المغني لإبن قدامه جـ ٥ ص ٣٨٨ .

٩١) راجع في أدلة هذه المذاهب ، والموازنة بينها ، واستخلاص الراجح منها : رسالتنا : نظام استغلال الأراضي الزراعية جـ ٢ ص -٢-٧٠

المحصول فقط - فقد ذهب الحنفية(٩٢)والحنابلة (٩٣) إلى أن المقدار الزائد عن أجرة المثل يحسب من ثلث التركة المريض إذا كان العامل أجنبيا ، وذلك لأن هذه الزيادة تعتبر تبرعا من جانب المريض بجزء من عين ماله حيث أنها . متولدة ومستخرجة من أرضه ، ومعنى هذا أن الحكم في هذه الحالة لا يختلف عن الحكم في المساقاة عند هؤلاء الفقهاء .

ولا يبعد رأي من أجاز من الشافعية(٩٤) المزارعة عن هذا الرأي ، فقد أعلنوا رأيهم في ذلك صراحة في باب المساقاة، ولا فرق بين المزارعة والمساقاة من حيث أن كلا منهما إجارة للعامل بجزء من المحصول .

أما المالكية فقد لاحظنا من تعريفهم للمزارعة أنهم يغلبون عليها طابع الشركة ، ويضعون لصحتها شروطا (٩٥) تجعل هذا العقد بعيدا عن مظنة وقوع المحاباة فيه .

المطلب الثاني
البذر من العامل

٤٢- وإذا قدم المريض أرضه للعامل ، على أن يزرعها ببذر من عند العامل ، وشرط للعامل أكثر من أجرة مثله - كما هو الحال لو شرط له أربعة أخماس المحصول ، ولصاحب الأرض الخمس وكانت أجرة مثل العامل أقل من ذلك - ففي هذه الحالة يعتبر هذا التصرف نافذا ، دون حاجة إلى إجازة الورثة، وذلك لأن مالك الأرض (المريض) لو أعارها لجاز له

---

٩٢) جاء في جامع الفصولين جـ ٢ ص ٢٤٧ : " ولو دفع أرضه وبذره مزارعة بالنصف إلى آخر ، وأجر مثل عمله أقل من ذلك ، وعليه دين ، لا يسلم له ما شرط ، والفرق أن المالك في الزيادة على أجر مثله متبرع بعين ماله إذ الخارج متولد من عين ماله ..

٩٣) كشاف القناع جـ ٣ ص ٥١٢ : (أو زارع في مرض موته) المخوف (حسب) الزائد (من الثلث) لأنه من عين المال ، بخلاف الربح في المضاربة " .

٩٤) راجع : هامش ٤ فقرة ٢٣

٩٥) للمزارعة الصحيحة عند المالكية شروط أربعة :

ذلك ، ولما صح لأحد الاعتراض عليه ، إذ من حقه التبرع بالمنفعة ، وهذا كله إذا وقعت الخصومة بعد إدراك الزرع .

أما إذا مات المريض قبل إدراك الزرع فينبغي أن يخير المزارع بين أن يستأجر بحصته ، وبين أن يقلع الزرع ، قياسا على ما لو انتهت المدة المقررة في عقد الإيجار ، ومات رب الأرض فإن المزارع مخير بين هذين الأمرين(٩٦) .

= الأول : سلامة كراء الأرض بممنوع .

الثاني : تقسيم الخارج من الزراعة بين العاقدين بنسبة رأس مال كل منهما .

الثالث: خلط الزريعة – أي – البذر .

الرابع : اتحاد البذر في الجنس والنوع .

انظر في تفصيل هذه الشروط ، أسهل المدارك للكشناوي جـ ٢ ص ٣٥٩ ، القوانين الفقهية لابن جزي ص ٣٠٧ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٢٧٣ ، فتاوي الشيخ عليش جـ ٢ ص ١٨٨ سعد الشموس والأقمار ص ١٣٩ ، رسالتنا : نظام استغلال الأراضي الزراعية جـ ٢ ص ١٩٩ – ٢١٢ .

٩٦) جامع الفصولين جـ ٢ ص ٢٤٧ .

الفصل الثاني
أثر المرض في عقد الزواج

٤٣- الزواج في اللغة : مقارنة شئ لشئ(٩٧).

وفي اصطلاح الفقهاء:عقد يتضمن إباحة الوطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمته(٩٨).

وعقد الزواج قد يكون أحد طرفيه (الزوج أو الزوجة) مريضا ، وقد يكون بمهر المثل أو بأقل أو بأكثر منه ، وينبغي لبيان أثر مرض الموت في هذا العقد أن نتناول الفروض الثلاثة التالي :

١- زواج المريض بمهر المثل أو أقل منه .

٢- زواج المريض بأكثر من مهر المثل .

٣- زواج المريضة بأقل من مهر مثلها .

وسنخصص لكل فرض من الفروض الثلاثة مبحثا مستقلا .

المبحث الأول
زواج المريض بمهر المثل أو بأقل منه

٤٤- اختلف فقهاء الشريعة في حكم زواج المريض بمهر المثل أو أقل منه على رأيين:

---

٩٧) معجم مقاييس اللغة ، المفردات في غريب القرآن (مادة : زوج).

٩٨) مغني المحتاج جـ ٣ ص ١٢٣ .

الرأي الأول - وبه قال الحنفية (٩٩) والشافعية (١٠٠) والحنابلة (١٠١) وغيرهم (١٠٢) - : أنه جائز وصحيح سواء أكان المريض محتاجا للزواج أم لا .

الرأي الثاني : وبه قال المالكية - أنه لا يجوز للمريض أن يتزوج سواء كان محتاجا إلى النكاح أم لا على المشهور (١٠٣) .

وإذا خالف المريض فتزوج بالفعل في مرضه فيجب التعجيل بفسخ عقد زواجه عند العثور والاطلاع عليه ، سواء كان ذلك قبل الدخول أم بعده ، إلا إذا شفي المريض فلا يفسخ ، لأن المنع كان لخوف موته ، وقد بان عدمه (١٠٤) .

---

٩٩) جاء في شرح الهداية : " .. ولهذا منع - أي المريض - من التبرع والمحاباة ، إلا بقدر الثلث ، بخلاف النكاح ، لأنه من الحوائج الأصلية ، وهو بمهر المثل " .. انظر : تكملة فتح القدير جـ ٧ ص ٣-٤ .

١٠٠) انظر الأم جـ ٤ ص ١٠٣ فقد جاء فيها : " ويجوز للمريض أن ينكح جميع ما أحل الله : أربعا وما دونهن ، كما يجوز له أن يشتري ، فإذا أصدق كل واحدة منهن صداق مثلها جاز لها من جميع المال .." .

١٠١) المغني جـ ٦ ص ٣٢٦ .

١٠٢) مثل شريح القاضي .. انظر الأم جـ ٤ ص١٠٣ - ١٠٤ .

١٠٣) حتى لو أذن له الوارث بالزواج ، جاء في شرح الخرشي جـ ٣ : ٧٢ : " لا يجوز له - أي المريض - أن يتزوج ، وإن أذن له الوارث الرشيد في ذلك ، لاحتمال موت الآذن ، أي صيرورته غير وارث ، وسواء احتاج المريض إلى النكاح أم لا ، وهو المشهور عند اللخمي ، للنهي عن إدخال وارث ، وإنما لم يمنع من وطء زوجته لأن في النكاح إدخال وارث محقق، وليس عن كل وطء حمل .

والقول الآخر يقول : منع النكاح المذكور - وان أذن الوارث - مقيد بعدم الاحتياج إلى النكاح أو إلى من يقوم به ، ويخدمه في مرضه ، وعليه : ان احتاج إلى ذلك جاز له النكاح وإن منعه الوارث منه ، قال في الجواهر : وهو المشهور .. ويلحق بالمريض في ذلك كل محجور من حاضر صف القتال ، ومقرب لقطع ، ومحبوس لقتل .. وانظر : الشرح الصغير بحاشية الصاوي جـ ٢ ص ٤٢٦ ومابعدها.

١٠٤) شرح الخرشي جـ ٣ ص ٧٢ - ٧٣ .

وإذا تزوج في مرضه ولم يفسخ النكاح لعدم الاطلاع عليه ثم مات المريض فيجب لمن تزوج بها الأقل من المهر المسمى ومن صداق المثل سواء دخل بها أم لا (١٠٥) .

٤٥- هذا وقد استدل أصحاب كل رأي من هذين الرأيين بأدلة لا تخلو من المناقش ، وسنعرض هذه الأدلة ، ونقوم بمناقشتها ، لننتهي من ذلك إلى الرأي الراجح في نظرنا

أدلة أصحاب الرأي الأول ومناقشتها :

٤٦- استدل أصحاب الرأي الأول على أنه يجوز للمريض الزواج بمهر المثل أو بأقل منه أثناء مرض موته ببعض الآثار والمعقول .

٤٧- استدلوا من الآثار - أولا بما روي أن معاذ بن جبل (١٠٦) قال في مرضه الذي مات فيه : زوجوني ، لا ألقى الله تعالى وأنا عزب (١٠٧) .

واستدلوا ثانيا - :بما روي أن عبد الرحمن بن أم الحكم (١٠٨) أراد في

---

١٠٥) شرح الخرشي وحاشية العدوي عليه جـ ٣ ص ٧٢ ، وجاء في القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٢١ : " ولا يجوز نكاح المريض والمريضة المخوف عليهما على المشهور ، خلافا لهما - أي لابي حنيفة والشافعي - ويفسخ إلا إن صح قبل الفسخ فاختلف في فسخه ، والفسخ فيه بالثلاث ، فإن لم يدخل فليس لها صداق ، وإن دخل فلها الصداق المسمى ، وقيل صداق المثل".

١٠٦) هو معاذ بن جبل الأنصاري ، صحابي جليل ، أسلم في الثامنة عشرة من عمره ، وشهد مع الرسول صلى الله عليه وسلم جميع المشاهد ، ولاه الرسول الكريم قضاء اليمن ، وكان ممن جمعوا القرآن ، توفى سنة ٣٣ هـ . تهذيب الأسماء واللغات - القسم الأول جـ ٢ ص ٩٨ - ١٠٠ ، الإصابة ٣ : ٤٠٦ - ٤٠٧ .

١٠٧) الأم للشافعي جـ ٣ ص ١٠٣ .

والعزب : من لا زوج له ، رجلا كان أو امرأة ، ويقال : امرأة عزبة ، والجمع أعزاب .. انظر : المعجم الوسيط (مادة : عزب) .

١٠٨) هو عبد الرحمن بن عبد الله بن أبي عقيل الثقفي ، يقال له ابن أم الحكم نسبة لزمه ، وهي بنت أبي سفيان ، ولاه خاله معاوية الكوفة سنة ٥٧ هـ ثم ولاه الجزيرة ، وكان قد غزا الروم سنة ٥٣هـ .. ولم تثبت له صحبة ، ومن قال ذلك فهو متوهم .. راجع : الإصابة جـ ٣ ص٧١-٧٢ .

شكواه أن يخرج امرأته من ميراثها منه ، فأبت ، فنكح عليها ثلاث نسوة وأصدقهن ألف دينار كل امرأة منهن ، فأجاز ذلك عبد الملك بن مروان ، وشرك بينهن في الثمن (١٠٩) .

فقد دل هذان الأثران على جواز زواج المريض ، إذ الظاهر أن ما فعله معاذ بن جبل وعبد الرحمن بن أم الحكم إنما كان بحضور صحابة رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ولم ينكر عليهما منكر .

٤٨- ويمكن أن يناقش استدلالهم بأثر معاذ بن جبل : بأن معاذا طلب أن يزوجوه لحاجته إلى الزواج ، إذ لم يكن وقتها متزوجا ، فأراد أن يقابل ربه وهو محصن عفيف، ولهذا قال : " لا ألقى الله تعالى وأنا عزب " . والإحصان والعفة صورة من صور الحاجة إلى الزواج ، وهذا أخص مما ادعاه أصحاب هذا الرأي فإنهم أجازوا زواج المريض ولو كان غير محتاج إلى الزواج .

كما يمكن مناقشة الأثر الثاني : بأن عبد الرحمن بن أم الحكم لم تثبت له صحبة(١١٠) لرسول الله صلى الله عليه وسلم حتى يكون في فعله حجة، وأجازة عبد الملك بن مروان لما فعله عبد الرحمن لا تدل أيضاً على جواز هذا الفعل لأن عبد الملك ليس صحابيا، وإنما هو تابعي(١١١) ولا حجة في رأي التابعي .

٤٩- واستدل أصحاب هذا الرأي على جواز زواج المريض من المعقول بما يلي:

---

١٠٩) الأم جـ ٤ ص ١٠٣ ، المغني لابن قدامة جـ ٦ ص ٣٢٦ .

١١٠) جاء في الإصابة جـ ٣ ص ٧٢ : " وخلط ابن منده وتبعه ابن نعيم وابن عساكر بترجمته عبد الرحمن بن أبي عقيل الثقفي ، والفرق بينهما ظاهر، فإن الماضي صحيح الصحبة ، صرحوا بأنه وفد على النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، وروى ذلك عنه صحابي مثله ، وأما هذا – يعني عبد الرحمن بن أم الحكم – فلم يثبت له رؤية إلا بالتوهم " .

١١١) هو عبد الملك بن مروان الأموي القرشي ، من أعاظم الخلفاء ودهاتهم ، نشأ في المدينة فقيها واسع العلم ، متعبدا ناسكا، واستعمله معاوية على المدينة وانتقلت إليه الخلافة سنة ٦٥ هـ فكان حازما قويا جمع كلمة المسلمين ، توفى سنة ٨٦ هـ .. انظر : الأعلام جـ ٢ ص ٦٠١ .

أولا : أن الزواج كالبيع في أن كلا منهما عقد معاوضة ، والبيع يجوز في حال الصحة . والمرض ، فيصح كذلك الزواج في حالة الصحة والمرض على حد سواء .

ثانيا : أن عقد الزواج حال المرض صدر من أهله في محله بشرطه ، فيصح قياسا على صحته عند صدوره من السليم (١١٢) .

ثالثا : أن الزواج من الحوائج الأصلية ، والمصالح الأساسية ، لأن بقاء النوع الإنساني بالتناسل ولا طريق للتناسل إلا بالنكاح، والمريض لا يمنع من الحوائج الأصلية كالصرف في ثمن الأدوية والأغذية ، فلا يمنع كذلك من النكاح (١١٣)

٥٠- ويمكن أن يناقش الدليل الأول : بأن قياس الزواج فيه على البيع قياس مع الفارق ، فإن البيع فيه معاوضة مالية من الطرفين ، بخلاف الزواج فإن دفع المال فيه إنما يكون من قبل الزوج وحده .

كما يمكن مناقشة الدليل الثاني : بأن شروط النكاح لم تتوفر في نكاح المريض ، لأن من شروط النكاح ألا يكون أحد الزوجين مريضا غير محتاج إلى الزواج .

ويمكن أن يناقش الدليل الثالث – كذلك – بأن النكاح يعتبر من الحوائج الأصلية، والمصالح الأساسية ، عندما يكون المريض في حاجة إليه ، أما إذا كان غير محتاج إليه فلا يكون من الحاجات الأصلية في حقه ، وإنما يكون سببا من أسباب إلحاق الضرر بالورثة ، وهو أمر غير جائز .

أدلة أصحاب الرأي الثاني ومناقشتها :

٥١- واستدل المالكية في المشهور عندهم على أنه لا يجوز للمريض الزواج

---

١١٢) انظر في الدليل الأول والثاني : المغني جـ ٦ ص ٣٢٦ فقد جاء فيه : " ولنا أنه عقد معاوضة يصح في الصحة فيصح في المرض كالبيع، ولأنه نكاح صدر من أهله في محله بشرطه فيصح كحال الصحة " .

١١٣) تكملة فتح القدير جـ ٧ ص ٤ .

أثناء مرضه مرض الموت ، ولو كان محتاجا إلى هذا الزواج ، بأنه لو جاز هذا الزواج لأدخل المريض بذلك على الورثة وارثا جديدا، وهو منهي عنه لما فيه من الإضرار بالورثة ، وتقليل أنصبتهم في الميراث(١١٤).

٥٢- ويمكن مناقشة هذا الدليل بأن هؤلاء الفقهاء لم يذكروا هنا - فيما اطلعنا عله - دليلا واحدا يدل على النهي عن إدخال وارث جديد، على أن دخول الزوجة ضمن الورثة في حالة احتياج المريض للزواج لا يكون قصدا بل تبعا ، فالقصد من الزواج أساسا بالنسبة للمريض المحتاج هو سد حاجته ، أما دخول الزوجة ضمن الورثة ومشاركتها لهم فهو أمر تبعي .

الرأي الراجـــح :

٥٣- ونستطيع بعد عرض أدلة الرأيين ومناقشتها على النحو السابق القول بأنه : ينبغي التفرقة بين مريض محتاج إلى الزواج فهذا يجوز له الزواج، ومريض غير محتاج إليه فلا يجوز له أن يتزوج . وهذه التفرقة في الحكم ضرورية للحفاظ على مصالح المريض من ناحية ، ومصالح الورثة والدائنين من ناحية أخرى ، فإننا لو أجزنا للمريض الزواج وهو غير محتاج إليه - كما يقول أصحاب الرأي الأول - لكان في هذا إضرار بالدائنين والورثة ولو منعنا المريض من الزواج في حالة احتياجه إليه - كما يقول المالكية - لكنا بهذا قد ألحقنا الضرر بالمريض ، فالخير فيما انتهينا إليه من جواز زواج المريض المحتاج إلى الزواج ومنع المريض غير المحتاج إليه تحقيقا لمصلحة الجميع . ، والله أعلم .

---

١١٤) انظر عبارة الخرشي السابقة : هامش الفقرة ٤٥، وجاء في الشرح الصغير جـ ٢ ص ٤٢٧ : " .. وعلة المنع : ان فيه ادخال وارث " .

المبحث الثاني
زواج المريض بأكثر من مهر المثل

٥٤- وقفنا – فيما سبق – على حكم زواج المريض بمهر المثل أو بأقل منه ، ولا يخفى أن الزواج إذا تم على هذا النحو فإنه يجب تسليم المهر إلى المرأة كاملا ، سواء كان في حدود ثلث التركة أم زاد على ذلك ، لأن الزواج في هذه الحالة يشبه البيع بثمن المثل ، وقد عرفنا فيما سبق – أن البيع بثمن المثل صحيح ، ويكون من رأس المال (١١٥).

٥٥- ولكن ما هو الحكم إذا كان المهر المسمى للمرأة من قبل المريض قد زاد على الثلث ، كما لو كان مهر مثلها خمسة آلاف جنيه فعقد عليها بمهر قدره عشرة آلاف جنيه ؟

هنا يجب التفرقة بين ما إذا كانت الزوجة وارثة للمريض أو غير وارثة له، فإذا كانت الزوجة وارثة للمريض فيجب لها مهر المثل ، وما زاد عليه لا تستحقه إلا بإجازة بقية ورثة المريض ، وذلك لأن هذه الزيادة محاباة للوارث ، فلا تنفذ إلا بإجازة باقي الورثة(١١٦).

أما إذا كانت الزوجة غير وارثة للمريض – كما لو كانت ذمية أو ماتت قبل موت الزوج – فيجب لها مهر المثل ، ومازاد على مهر المثل إن كان في

---

١١٥) تكملة فتح القدير جـ ٧ ص ٣-٤ ، جامع الفصولين جـ ٢ ص ٢٣٤ الأم جـ ٤ ص ١٠٣ المغني جـ ٦ ص ٣٢٦، وجاء في المهذب للشيرازي جـ ١ ص ٤٥٣: " وإن باع المريض بثمن المثل أو تزوج امرأة بمهر المثل صح العقد ، ولم يعتبر العوض من الثلث ، لأنه ليس بوصية ، لأن الوصية أن يخرج مالا من غير عوض ، ولم يخرج ههنا شيئا من غير عوض " .

١١٦) المراجع السابقة ، انظر : الوجيز للغزالي جـ ١ ص ٢٧٢- ٢٧٣ فقد جاء فيه : " وان نكح – أي المريض – بأكثر من مهر المثل فالزيادة من الثلث " .

حدود ثلث التركة نفذ لها ، وإن زاد على الثلث احتاج القدر الزائد إلى إجازة ورثة المريض ، وذلك لأن الزيادة على مهر المثل هنا تبرع لغير وارث ، فتنفذ في حدود الثلث (١١٧) .

المبحث الثالث
زواج المريضة بأقل من مهر مثلها

٥٦- ولو تزوج الرجل الصحيح إمرأة مريضة فإما أن يصدقها مهر المثل أو أكثر منه أو دونه ، فإن أصدقها مهر المثل أو أكثر منه استحقت ما أصدقها وليس لأحد الاعتراض على هذا التصرف . أما إذا أصدقها دون مهر المثل فقد ذهب الشافعية (١١٨) إلى التفرقة بين ما إذا كان الزوج وارثا أو غير وارث ، فإذا كان وارثا فلورثة الزوجة المريضة مطالبة الزوج بتكميل مهر المثل ، لأن قبول الزوجة بأقل من مهر المثل يعتبر تبرعا للزوج الوارث ، والتبرع للوارث لا يجوز إلا بإجازة بقية الورثة . وإذا كان الزوج غير وارث - كما لو كان الزوج مسلما والزوجة ذمية - اعتبر ما نقص عن مهر المثل من الثلث ، فإذا كان ما نقص في حدود الثلث نفذ بدون إجازة ، وإن زاد على الثلث احتاج الزائد إلى إجازة الورثة .

---

١١٧) جاء في المغني جـ ٦ ص ٩٤ :

" إذا تزوج في مرض موته امرأة صداق مثلها خمسة فأصدقها عشرة لايملك سواها، ثم مات ، فإن ورثته بطلت المحاباة إلا أن يجيزها الورثة، وإن لم ترثه - لكونها مخالفة له في الدين أو غير ذلك - فلها مهرها وثلث ماحاباها به " .

١١٨) جاء في شرح البهجة جـ ٤ ص ١١ : " ... (وفي النكاح) في المرض (التحابي جعلا تبرعا لوارث) فلا ينفذ إلا بإجازة بقية الورثة، وذلك بأن نكحها المريض بأكثر من مهر مثلها ، أو نكحته المريضة بدونه ، فإن لم يكن من حوبي منهما وارثا فهو مابينه بقوله : (وأولا إن ماتت) أي إن ماتت (الزوجة) أولا أي قبل موت زوجها المذكور (أو) لم تمت قبله لكن (لم ترث) منه : كأن كانت ذمية وهو مسلم (فزائد المهر احتسب) أنت (من ثلث) المال من غير توقف على إجازة " .

وواضح من التفرقة السابقة أن الشافعية يعتبرون الزوجة قد فوتت على ورثتها حقا ماليا ، ولهذا أجازوا للورثة حق الاعتراض على تصرفها .

٥٧- وذهب الحنابلة (١١٩) إلى عدم التفرقة بين ما إذا كان الزوج وارثا أو غير وارث ، فقالوا : إذا تزوج الصحيح امرأة مريضة بصداق أقل من مهر مثلها فليس لها إلا مهر المثل ، ولا حق لأحد من ورثة الزوجة في الاعتراض على تصرفها سواء كان الزوج وارثا أم غير وارث ، وذلك لأن حق الدائنين والورثة يتعلق بأموال المريض ولا يتعلق بمنافع بدنه ، والمرأة المريضة التي قبلت الزواج بأقل من مهر مثلها لم تتصرف في مال وإنما تصرفت في منافع بدنها ، ونظير ذلك ما لو أجرت نفسها بأقل من أجرة المثل فإن ذلك جائز كما سبق بيانه (١٢٠).

---

١١٩) الفروع جـ ٤ ص ٦٦٩ .

١٢٠) انظر ما سبق الفقرة ٢٧ .

الفصل الثالث
أثر المرض في الخلع

تمهيد وتقسيم :

٥٨- الخلع في اللغة :النزع ، يقال خلع فلان ثوبه ، أو خلع نعله ، بمعنى نزعه(١٢١).وفي اصطلاح الفقهاء هو: الفرقة بعوض يأخذه الزوج(١٢٢). واعتبار الخلع من عقود المعاوضات مبني على ما فيه من معنى المعاوضة، فالزوجة تدفع لزوجها مبلغا من المال في مقابل الموافقة على مفارقتها وإنهاء زواجها . ومرض الموت يؤثر في الخلع من النواحي التالية :

أ - مشروعيتـه .

ب - مقدار العوض الذي تدفعه الزوجة .

جـ - عدم وقوع التوارث بين الزوجين .

ونتناول كل جانب من هذه الجوانب التي يؤثر فيها المرض في مبحث خاص .

المبحث الأول
مشروعية الخلع

٥٩- اختلف فقهاء الشريعة في جواز خلع المريض أو المريضة على مذهبين :

---

١٢١) المغرب - للمطرزي (مادة : خلع) .

١٢٢) الأنوار لأعمال الأبرار جـ ٢ ص ١٠٠ .

ووجه مناسبة المعنى الشرعي للمعنى اللغوي : إن كلا من الزوجين لباس للآخر، قال تعالى : " هن لباس لكم وأنتم لباس لهن " ... فإذا افتدت المرأة نفسها من زوجها بمالها ، وقام الزوج بتطليقها ، فكأنهما نزعا لباسهما.

انظر : المغرب في مادة خلع ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ٢٦٢ .

المذهب الأول – وبه يقول الحنفية(١٢٣) والشافعية(١٢٤) والحنابلة(١٢٥) والإمام مالك(١٢٦) في رواية – أنه يجوز للمريض أن يخالع زوجته ، ويجوز للمريضة أن تخالع زوجها ، ولا مانع من ذلك شرعا.

المذهب الثاني – وبه يقول الإمام مالك (١٢٧) في الرواية الأخرى عنه – : أنه لا يجوز لأي من الزوجين إذا كان مريضا مخالعة الآخر ، لكن إذا وقع ذلك بالفعل فإنه يكون نافذا .

---

١٢٣) جاء في حاشيته " اللآلئ الدرية في الفوائد الخيرية جـ ٢ ص ٢٣٧ : " ولو اختلعت من زوجها وهي صحيحة والزوج مريض فالخلع جائز بالمسمى ، قل ذلك أو كثر ، ولاميراث بينهما، سواء مات بعد انقضاء العدة أو قبل انقضاء العدة ، لوجود الرضى من كل واحد منهما ببطلان حقه ".

جاء في جامع الفصولين جـ ٢ ص ٢٣٦ – ٢٣٧ : " مريضة اختلعت من زوجها بمهرها ثم ماتت ينظر إلى ثلاثة أشياء " إلى ميراثه منها ، وإلى بدل الخلع وإلى ثلث مالها ، فيجب أقلها".

١٢٤) الأنوار لأعمال الأبرار جـ ٢ ص ١٠١ وجاء في الأم جـ ٥ ص ٢٠٠: " والخلع في المرض والصحة جائز ، كما يجوز البيع في المرض والصحة سواء أيهما كان المريض : أحدهما دون الآخر ، أو هما معا" .

١٢٥) المغني جـ ٦ ص ٩٥، جـ ٧ ص ٨٨ – ٨٩ " وجملة الأمر أن المخالعة في المرض صحيحة، سواء كان المريض الزوج أو الزوجة أو هما جميعا " .

١٢٦) جاء في المنتقى للباجي جـ ٤ ص ٦ : " وأما المريضة ففي كتاب ابن الموازعن مالك لا يجوز الخلع ، وروى ابن عبد الحكم عنه جواز ذلك .

وجه القول الأول : انه عاوضها بالطلاق على أمر لا تملكه ، لأن الزوجة لاتملك تصيير مالها إليه حال مرضها .

ووجه القول الثاني : أن مرض أحد الزوجين لا يمنع وقوع الطلاق ، فلم يمنع المقصود به من إزالة الملك " .

١٢٧) المرجع السابق : نفس العبارة ، الشرح الصغير بحاشية الصاوي جـ ٢ ص ٥٢٧ .

٦٠- وقد استند أصحاب المذهب الأول إلى الأدلة التالية :

أولا :أن البيع يجوز في المرض والصحة ، فيجوز الخلع كذلك بطريق القياس في المرض والصحة ، إذ أن كلا منهما عقد معاوضة (١٢٨) .

ثانيا : أنه يجوز للمريض أن يطلق زوجته أثناء مرضه ، فيجوز له أن يخالعها من باب أولى ، لأنه إذا جاز للمريض فصم عرى الزوجية بدون مقابل عن طريق الطلاق ، فإنه يجوز له فصمها بمقابل عن طريق الخلع من باب أولى (١٢٩) .

ثالثا : أنه يجوز للمريضة صرف مالها في أغراضها وشهواتها وملذاتها ، فيجوز لها صرف مالها في اختلاعها من زوجها ، باعتبار أن الخلع أحد أغراضها (١٣٠) .

رابعا : أن البضع (١٣١) لا يتعلق به حق للوارث ، فيجوز لذلك الخلع للزوج المريض والزوجة المريضة (١٣٢) .

---

١٢٨ الأم : العبارة السابقة ، المغني لابن قدامة جـ ٧ ص ٨٨ .

١٢٩ جاء في الأم جـ ٥ ص ٢٠٠ : " فإن كان الزوج المريض فخالعها بأقل من مهر مثلها ماكان أو أكثر فالخلع جائز ، وإن مات من المرض، لأنه لو طلقها بلا شئ كان الطلاق جائزا ." .

وجاء في نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٣٩٠ : " ويصح خلع المريض بأقل شئ ، لأن طلاقه مجاناً صحيح ، فبشئ أولى " .

١٣٠) نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٣٩٠ : مغني المحتاج جـ ٣ ص ٢٦٤-٢٦٥

١٣١) البضع - بضم الباء - يطلق في اللغة على الفرج والجماع ، ويطلق على التزويج أيضا ، كالنكاح يطلق على العقد والجماع ، وتستأمر النساء في أبضاعهن ، أي في تزويجهن .. " المصباح المنير (مادة : بضع) بتصرف .

١٣٢) نهاية المحتاج : الموضع السابق .

٦١ – واستدل أصحاب المذهب الثاني على عدم جواز خلع المريض والمريضة : بأنه لو جاز الخلع لهما لأدى ذلك إلى إخراج وارث (١٣٣)، لأن الزوجية تنتهي بالخلع ، وهي سبب الإرث ، وإخراج وارث أمر محرم .

واستدلوا على عدم جواز الخلع من الزوجة المريضة : بأن الزوجة لا تملك حق إعطاء مالها إلى زوجها أثناء مرضها (١٣٤) .

٦٢ – لكن يمكن أن يناقش الدليل الأول لأصحاب المذهب الثاني : بأن الخلع يتم برغبة كل من الزوج والزوجة ، لأنه عقد كسائر العقود التي يشترط فيها رضى الطرفين، وعلى هذا فخروج الوارث تم باختياره وليس قهرا عنه . كما يمكن مناقشة دليلهم الثاني بأن المريضة من حقها أن تصرف مالها في مطالبها وأغراضها التي تحتاج إليها ، والخلع داخل في هذه المطالب والأغراض، فلا تمنع المريضة منه ، لا سيما وأنه عقد معاوضة وليس تبرعا .

٦٣ – وعلى هذا يمكننا ترجيح المذهب الأول القائل بجواز خلع المريض والمريضة ، لسلامة أدلته من المناقشة ، كما رأينا فيما سبق ، والله أعلم.

المبحث الثاني
العوض الذي تدفعه الزوجة

٦٤– يختلف الحكم في العوض الذي تدفعه الزوجة في الخلع باختلاف شخص المريض ، فإذا كان المريض هو الزوج فلا تأثير للمرض بحال ، سواء كان ما أخذه المريض من زوجته مساويا لمهر مثلها أم أقل أم أكثر ، فلا حق للورثة في الاعتراض على هذا التصرف ، إذ من المقرر أن المريض

---

١٣٣) جاء في الشرح الصغير جـ ٢ ص ٥٢٧ : " .. (ونفذ خلع المريض) مرضا مخوفا ... وأشار بقوله (ونفذ) إلى أنه لا يجوز إبتداء ، لما فيه من إخراج وارث ".

١٣٤) انظر عبارة الباجي السابقة .

يصح منه طلاق زوجته مع أنه بغير مقابل، فإذا خالع زوجته بمقابل كان الخلع صحيحا من باب أولى (١٣٥) .

٦٥- أما إذا كان المريض هو الزوجة فقد اختلف الفقهاء فيما يجب للزوج على أربعة آراء :

الرأي الأول – وبه قال الحنفية (١٣٦) – : أنه تجب التفرقة في الحكم بين ماذا ماتت الزوجة قبل انقضاء العدة أو بعدها ، فإذا ماتت قبل انقضاء العدة كان للزوج الأقل من ثلاثة أشياء : العوض المتفق عليه في الخلع ، أو مقدار ما يرثه على افتراض أنه وارث ، أو ثلث التركه . وإذا ماتت الزوجة بعد انقضاء العدة كان للزوج الحق في الأقل من شيئين : العوض المتفق عليه في الخلع ، أو ثلث التركة .

وقد قال الحنفية بوجوب الأقل من ثلاثة أشياء أو من شيئين مخافة أن تكون الزوجة قد عمدت إلى نفع زوجها بأكثر من نصيبه في الميراث عن طريق الخلع .

الرأي الثاني – وبه قال الحنابلة(١٣٧) وهو المعول عليه عند المالكية(١٣٨)–: أن الزوج يستحق الأقل من شيئين: العوض المتفق عليه في الخلع،

---

١٣٥) راجع : المبسوط جـ ٦ ص ١٩٣ ، الأم : العبارة السابقة ، المغني جـ ٧ ص ٨٩ وقد جاء فيه : " أما خلعه لزوجته فلا إشكال في صحته ، سواء كان بمهر مثلها أو أكثر ، أو أقل ، ولا يعتبر من الثلث ، لأنه لو طلق بغير عوض لصح ، فلأن يصح بعوض أولي ، ولأن الورثة لا يفوتهم بخلعه شئ ، فإنه لو مات وله امرأة لبانت بموته ولم تنتقل إلى ورثته " .

١٣٦) المبسوط جـ ٦ ص ١٩٢ ، جامع الفصولين جـ ٢ ص ٢٣٦ – ٢٣٨.

١٣٧) جاء في المغني جـ ٧ ص ٨٨ : " . ثم إذا خالعته المريضة بميراثه منها فما دونه صح ولا رجوع ، وإن خالعته بزيادة بطلت الزيادة ، وهذا قول الثوري واسحق وانظر المغني في موضع آخر جـ ٦ ص ٩٥ فقد قارن بين المذاهب في المسألة .

١٣٨) جاء في شرح الخرشي جـ ٣ ص ١٦٠ : " أعلم أن مالكا قال في المدونة : ومن اختلعت في=

أو المقدار الذي يستحقه على فرض أنه وارث . وحجتهم: أن الزوجة التي تخالع زوجها في مرضها متهمة بأنها قد تريد نفع زوجها بنصيب أكثر مما يستحقه بطريق الميراث ، فإذا وجب له الأقل من المسمى ومما يستحقه على فرض إرثه فقد زالت هذه التهمة ، لأن الزوج إذا لم يأخذه بطريق الخلع فإنه يأخذه بطريق الميراث (١٣٩) .

الرأي الثالث – : وبه قال عدد قليل من فقهاء المالكية (١٤٠) –: أن على الزوج أن يرد كل ما دفعته له الزوجة التي خالعته في مرضها . وهذا الرأي منتقد ، لأنه مبني على أن الخلع في مرض الموت حرام ، وقد أثبتنا قبل رجحان جوازه (١٤١) .

= مرضها – وهو صحيح – بجميع مالها لم يجز ولا يرثها . وقال ابن القاسم فيها وأنا أرى أنها إذا اختلعت منه بأكثر من ميراثه منها فله قدر ميراثه ويرد الزائد وان اختلعت منه بقدر ميراثه فأقل فذلك جائز ، ولا يتوارثان .

واختلف هل قولهما خلاف ؟ وإليه ذهب ابن المواز وابن نافع ، وعليه فقول مالك لم يجز ، أي يبطل جميعه ، ويرد ماخالعت به لها أو لورثتها . أو وفاق وهو ماذهب إليه عياض والأكثر ، وعليه فقول مالك لم يجز ، أي لم يجز القدر الزائد من المخالع به علي إرثه ، زي أنه يبطل القدر المجاوز لإرثه مما خالعت به " .

وانظر حاشية العدوى على الخرشي : في نفس الموضع ، الشرح الصغير جـ ٢ ص ٥٢٨ – ٥٢٩.

١٣٩) أنظر المغني جـ ٧ ص ٨٨ فقد جاء فيه – تعليلا لعدم جواز الخلع بأكثرمما يرثه الزوج : " انها – أي الزوجة – متهمة في أنها قصدت الخلع لتوصل إليه شيئا من مالها بغير عوض على وجه لم تكن قادرة عليه ، وهو وارث لها، فبطل كما لو أوصت له ، أو أقرت له ، وأما قدر ميراثه فلا تهمه فيه ، فإنها لو لم تخالعه لورث ميراثه ".

١٤٠) انظر عبارة الخرشى السابقة

١٤١) راجع الفقرة ٥٩ ومابعدها .

الرأي الرابع – : وبه يقول الشافعية (١٤٢)-: أن الزوج لا يستحق إلا مهر المثل أما مازاد عليه فإنه يكون تبرعا لا ينفذ منه إلا ماكان في حدود الثلث .

وعلى هذا فلو كان بدل الخلع خمسة آلاف جنيه ، ومهر مثلها ثلاثة آلاف ، استحق الزوج ثلاثة آلاف ، والألفان الزائدان عن مهر المثل لايستحقهما الزوج إلا إذا كانا في حدود ثلث التركة ، فإذا كانا أكثر من الثلث أخذ منهما مقدار الثلث فقط .

ودليلهم على ما ذهبوا إليه : أن مازاد على مهر المثل يعتبر تبرعا من الزوجة للزوج ، لأنها لم تأخذ مقابلا له ، فيجري عليه حكم المحاباة في البيع .

ويمكن مناقشة هذا الرأي بأن الزوجة المريضة متهمة بأنها قصدت إعطاء زوجها مالا بطريق الخلع أكثر من نصيبه بطريق الميراث ، فلهذا كان ضروريا الاعتماد على ما ذهب إليه الحنابلة وأكثر المالكية من جعل نصيب الزوج الأقل من أمرين : عوض الخلع ، أو نصيبه في الميراث .

الراجـــح :

٦٦– هذا وقد تبين مما سبق أن الراجح في هذه المسأله ما ذهب إليه الحنابلة ومن معهم ، حيث سلم دليلهم من المناقشة في حين أنه لم تسلم أدلة الآراء الأخرى من ذلك ، والله أعلم .

---

١٤٢) انظر نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٣٩٠ فقد جاء فيها : " .. (ويصح اختلاع المريضة مرض الموت) لأن لها صرف مالها في شهواتها، بخلاف السفيهه (ولا يحسب من الثلث إلا زائد على مهر المثل) لأن الزائد عليه هو التبرع وليس مازاد على وارث ، لخروجه بالخلع عن الإرث ، ومن ثم لورث ببنوة عم توقف الزائد على الإجازة مطلقا . أما مهر المثل فأقل فمن رأس المال .. " .

المبحث الثالث
عدم وقوع التوارث بين الزوجين

٦٧- إذا خالعت المرأة زوجها فإنه يترتب على ذلك عدم التوارث بينهما ، باعتبار أن سبب الإرث هو الزوجية ، وقد زالت بالخلع .

وقد اختلف الفقهاء في مدى تطبيق هذا الحكم ، فذهب جمهورهم (١) إلى أنه يستوى في هذا الحكم أن يكون المريض هو الزوج أو الزوجة ، لأنه لا يتصور من أحدهما الفرار من الإرث بالخلع ، ذلك أن الخلع يتم بإرادتهما .

وذهب المالكيـــة (١) إلى التفرقة بين فرضين :

الفرض الأول :أن يكون المريض هو الزوج : وفي هذا الفرض فإن الزوجة ترثه إن مات قبلها ، ولا يرثها إن ماتت قبله . أما أنها ترثة فإنه قد يقصد بالخلع حرمانها من الميراث ، بناء على ماذهبوا إليه من أن الفرار يمكن وجوده حتى مع رضى الزوجة بالفراق ، وأما أنه لا يرثها فلأنه هو الذي أسقط ما كان يستحقه ميراثا بقبوله الخلع.

الفرض الثانـــي : أن يكون المريض الزوجة : وفي هذا الفرض لا يرث أي من الزوجين الآخر .

وإلى هنا ينتهي – بحمد الله تعالى – ماأردنا تضمينه هذا البحث والله نسأل أن يجعله خالصا لوجهه الكريم وأن ينفع به، آمين.

---

١٤٣) جامع الفصولين وحاشية اللآلئ الدرية جـ ص ٢٣٧ – ٢٣٨ نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٣٩٠ وقد مرت قريبا عبارتها ، وجاء في الأم جـ ٥ ص ٢٠٠ : " ولاترث المختلعة في المرض ولا في الصحة زوجها ، ولا يرثها ، ولو مات أحدهما وهي في العدة " وانظر المغني لابن قدامة جـ ٧ ص ٢٢٣ (ط : المنار ١٩٤٧) .

١٤٤) جاء في الشرح الصغير جـ ٢ ص ٥٢٧ : " .. (نفذ خلع المريض) مرضا مخوفا ... (وترثه) زوجته المخالعة من مرضه إن مات منه ، ولو خرجت من العدة وتزوجت بغيره (دونها) أي فلا يرثها هو إن ماتت في مرضه قبله ، ولو كانت مريضة حال الخلع أيضا ، لأنه هو الذي أسقط ماكان يستحقه .. " وانظر : شرح الخرشي جـ ٣ ص ١٥٨ .